JESVS MARIA JOSEPH.

26

POR

DON DIEGO DE VRBINA; Cavallero del Orden de Calatrava, numer. 14. vezino de la Ciudad de Orduña, como padre, y legitimo administrador de Don Diego Ioseph de Vrbina y Tertanga, num. 17. su hijo legitimo, y de Doña Isabel Maria de la Cantera y Tertanga, su muger.

CON

GASPAR DE MVRGA, NVM. 15. VEZINO DE la misma Ciudad, como padre, y legitimo administrador de Matias, y Joseph de Murga, num. 18. y 19. sus hijos legitimos.

SOBRE

LA SVCCESSION DE LA MEMORIA, Y Patronato de Missas, que fundò Iuan de Tertanga Salazar, numer. 3. en la Iglesia de Nuestra Señora la Patrona, de la dicha Ciudad de Orduña.

A PRE-

PRETENSIONES.

1 DON Diego de Vrbina, como padre, y legitimo administrador del dicho Don Diego Joseph de Vrbina, numer. 17. pretende confirmacion de la sentencia de vista, dada por el Juez Mayor de Vizcaya, en que declarò tocar, y pertenecer al dicho Don Diego Joseph la succesion de el Patronato, y Memoria de Missas, sobre que es este pleyto, imponiendo en razon de ello perpetuo silencio al dicho Joseph de Murga, el qual pretende se revoque dicha sentencia.

SVPVESTOS.

2 Aunque en este pleyto se ha hecho memorial ajustado por el Relator de la causa, sin embargo serà preciso el referir algo del hecho, para poder con mayor conocimiento fundar el derecho que assiste al dicho D. Diego Joseph de Vrbina.

3 Es hecho Real, y constante, que en 25. de Agosto del año passado de 1668. Juan de Tertanga Salazar, num. 3. entregò à Andres de Torres, Escrivano Real, y vezino de la Villa de Madrid, vn papel sellado, y cerrado, para que despues de su fallecimiento se abriesse, y publicasse, y se guardasse todo lo que en èl ordenava, y disponia, y que en lo demàs se cumpliesse el testamento, que avia otorgado ante el mismo Escrivano.

4 Despues de aver fallecido el dicho Juan de Tertanga en 1. de Setiembre del mismo año de 68. pareciò ante vn señor Alcalde de Casa, y Corte, Diego de Tertanga Salazar, num. 6. por testimonio de Gabriel de Eguiluz, Escrivano de Provincia, pidiendo que se abriesse el testamento que avia otorgado Juan de Tertanga, respecto de que en èl, y en vn codicilo, que assimismo avia hecho, hazia mencion de vn papel sellado, y cerrado, que presentava, para que se cumpliesse lo

que

que en èl dexava dispuesto, precediendo para ello informacion de la legalidad de Andres de Torres, ante quien passò dicho testamento, y codicilo.

5 Recibiòse la informacion de legalidad, en que depusieron los testigos instrumentales, y con su vista, y la del testamento, que no estava en parte alguna sospechoso, se abriò, y publicò, como tambien lo que contenia el dicho papel cerrado, el qual le puso entre sus registros el Escrivano de Provincia, por mandado del dicho señor Alcalde, para que diesse los traslados necessarios, signados, y en toda forma à las partes interesadas, interponiendo para ello su autoridad, y decreto judicial.

6 Y lo que resulta aver dispuesto el dicho Fundador, assi en el papel cerrado, como en su codicilo, para lo que mira à la succession del dicho Patronato, y Memoria de Missas, es lo que contienen las clausulas siguientes.

CLAVSVLA DEL PAPEL CERRADO.

7 *Iten mando, y dispongo se funde vna Capellania en nuestra Señora la Patrona, de la Ciudad de Orduña, que se gaste en su fundacion hasta 20U.ducados de vellon, y que aya perpetuamente dentro de la Hermita vn Capellan, el qual tenga obligaciõ de dezir Missa en dicha Hermita todos los dias; y que de esta Memoria sea Patrono Diego de Tertanga, num.6. mi sobrino, y sus successores; y si el dicho mi sobrino quisiere ordenarse de Sacerdote, la goze, y possea con la bendicion de Dios, y la mia; y à falta de este, y sus successores, viene, y llamo à los hijos, y successores de Ioseph de Murga, num.6. y entiendese, que antes de estos dos aya de entrar en la Memoria, y Capellania el hijo, ò hijas de Antonia Tertanga Salazar, num.7.*

CLAVSVLA DEL CODICILO.

8 *Que por quanto dexo vna Capellania, nombrando por primer Capellan de ella à Diego Tertanga, num.6. su sobrino, para que diga las Missas, y se ordene; es su voluntad, que el dicho Diego Tertanga goze la dicha Capellania, aunque no se ordene de ningun Grado, sino que en qualquier estado que se hallare goze la renta, y cumpla con mandar dezir las Missas, y en esta forma cobre, y perciva, sin intervencion de nadie.*

CLAVSVLAS QVE CONDVCEN A LOS TEStamentarios que dexò el Fundador.

PRIMERA CLAVSVLA DE EL papel cerrado.

9 *Iten dexo por mis Testamentarios al Capitan Don Iuan de Vgarte, Cavallero de el Orden de Santiago, y al Reverendo Padre Iuan de Aguirre, de los Clerigos Menores, Predicador de su Mageſtad, los quales se ajustaràn à esta memoria, y disposicion, y juntamente dexo por testamentario à Diego de Tertanga, num.6. mi sobrino; y es mi voluntad, que toda la plata, oro, y cantidad de vellon entre en poder del señor Don Iuan de Vgarte, para que con los demàs Alvaceas lo disponga; y en lo que toca à la Memoria de la parte de nuestra Señora de Orduña, queda à su disposicion sola, para que le dè toda su facultad, junto con el dicho su sobrino Diego Tertanga de Salazar, num.6.*

CLAVSVLA DEL TESTAMENTO.

10 *Y para cumplir, y pagar este mi testamento, y lo contenido en dicha memoria, instituyo por mis Testamentarios al dicho Padre Iuan de Aguirre,*

y à Don Iuan de Vgarte, Cavallero del Orden de Santiago, ambos juntos, y à cada uno insolidum les doy poder para que luego que fallezca entren en mis bienes, y los vendan, y rematen en publica almoneda, ò fuera de ella, y de su valor cumplan, y paguen este mi testamento, y dicha Memoria, y les dure el cargo todo el tiempo necessario, aunque sea passado el año del albazeazgo, respecto de que del residuo de mis bienes se ha de fundar una Memoria perpetua, que queda prevenida en dicha Memoria.

11 Y por otra clausula dize: Que assimismo nombra por su testamentario, juntamente con los demàs insolidum al dicho Diego Tertanga Salazar, num. 6. su sobrino, fol. 4. del memorial, num. 20.

CLAVSVLA PRIMERA DEL CODICILO.

12 *Y para assegurar el principal, y renta, que ha de servir para lo referido, se han de hazer en pliegos ciertos, y seguros, poniendo en esto, y en todo lo demàs que tocare à su perpetuidad las prevenciones necessarias por mis testamentarios, à quienes doy facultad para la ampliacion de todo.*

SEGVNDA CLAVSVLA.

13 *Y doy facultad à mis testamentarios para que busquen empleos seguros para lo referido, y que perpetuamente permanezca mi voluntad, y el servicio de Dios, haziendo prevenciones necessarias, y condiciones convenientes para todo, y nombro à D. Iuan de Vrrea por testamentario, juntamente con los demàs insolidum, y en lo demàs que fuere contrario, è lo aqui contenido el dicho testamento, y memoria cerrada, lo revoco.*

14 Aunque el Fundador no diò poder, ni facultad à ninguno de sus testamentarios, para poner

gravamenes,y condiciones à las perſonas que llamò à la ſuccesſion de las Memorias,y Capellanias que fundò,como reſulta de las clauſulas referidas;ſin embargo Diego Tertanga Salazar,num.6. como teſtamentario inſolidum,el año paſſado de 1676.otorgò vna eſcritura de fundacion,y en ella puſo diferentes calidades , y condiciones,con que ſe avia de governar la ſuccesſion de dichas obras pias:y en quanto à la Memoria de nueſtra Señora la Patrona ; ſobre que es eſte pleyto , ordenò en la clauſula ſeptima lo que ſe ſigue.

15 *Y con condicion expreſſa , que en dicha Capellania no ha de poder ſucceder en ningun tiempo hembra,aunque ſea Patrona , ſin embargo de que puedan concurrir ambas coſas en el que ſea varon , pero ha de ſer haſta tener edad de poderſe ordenar de Miſſa , y en el interin ha de traer habito Clerical, y frequentar los eſtudios baſtantes para ordenarſe de Sacerdote, y ſino lo hiziere, paſſe la Capellania al ſiguiente en grado.*

FORMA EN QVE SE HA SVCCEDIDO EN la dicha Memoria de Miſſas, y eſtado de eſte pleyto.

16 En virtud del primer llamamiento ſucediò en la dicha Memoria Diego Tertanga Salazar, num.6.y por ſu muerte Don Pedro Antonio de la Cantera y Tertanga,num.12.ſu ſobrino,hijo de Don Pedro de la Cantera,y Doña Antonia de Tertanga Salazar,ſobrina del Fundador.

17 Por muerte de Don Pedro Antonio de la Cantera,el año paſſado de 1686. Don Pedro de la Cantera,num.7.como padre,y legitimo adminiſtrador de Doña Iſabel Maria de la Cantera, numer. 14. tomò poſſesſion judicialmente,ſin contradicion alguna de la dicha Memoria,y Patronato.

18 Y en la miſma conformidad el año paſſado

ſado de 1692. ſe le diò poſſeſsion judicial à Don Diego de Vrbina, num. 14. como padre, y legitimo Adminiſtrador de Don Diego Joſeph de Vrbina, numer. 17. aviendo vacado el dicho Patronato, y Memoria por muerte de la dicha Doña Iſabel Maria de la Cantera, num. 14.

19 En eſte eſtado, ante la Juſticia Ordinaria de la Ciudad de Orduña ſaliò Gaſpar de Murga, numer. 15. por sì, y como padre, y legitimo Adminiſtrador de Matias, y Joſeph de Murga ſus hijos, numer. 18. y 19. poniendo demanda à Don Diego Joſeph de Vrbina, num. 17. ſobre la ſucceſsion de la dicha Memoria, y Patronato: Concluyendo ſe declaraſſe por verdadero ſucceſſor de ella al dicho Matias de Murga, numer. 18.

20 A que ſe reſpondiò por Don Diego Vrbina, contradiziendo dicha pretenſion, y pretendiendo ſe mantuvieſſe, y amparaſſe al dicho Don Diego Joſeph de Vrbina ſu hijo, num. 17. en la poſſeſsion en que ſe hallava de dicha Memoria, y Patronato, ſobre que formò articulo, y deſpues de averſe eſtimado aſsi por la Juſticia Ordinaria, y alegadoſe largamente por vna, y otra perte, ſe diò ſentencia por dicha Juſticia, en que declarò tocar, y pertenecer el Patronato de la dicha Capellania à Don Diego Joſeph de Vrbina, num. 17. y la dicha Capellania al dicho Matias de Murga, numer. 18. de la qual ſe le dieſſe la poſſeſsion, y de los frutos, y rentas caidos, y que en adelante cayeſſen.

21 De eſta ſentencia ſe apelò por vna, y otra parte en lo perjudicial, y deſpues de averſe alegado lo que ſe ponderarà en el diſcurſo de eſte informe, y introducidoſe varios articulos, que no conducen, ſe diò ſentencia por el Juez Mayor de Vizcaya, revocando la del Inferior, en quanto ſe mandò dar la poſſeſsion al dicho Gaſpar de Murga, en nombre de Matias de Murga ſu hijo, de la Memoria, y Capellania que

fun-

fundò el dicho Juan de Tertanga: Declarando averse transferido la possession civil, y natural de los bienes de dicha Memoria en Don Diego Joseph de Vrbina, y Tertanga, mandando, que se le diesse la Real, y actual à Don Diego de Vrbina su padre, con los frutos, y rentas correspondientes à la dicha Capellania, desde la muerte de Doña Isabel de la Cantera, vltima posseedora, num. 14. reservandole à las partes su derecho à salvo, para que en el juyzio de la propriedad pidiessen lo que mas bien visto les fuesse.

22 De Esta sentencia no se interpuso suplicacion por parte de Joseph de Murga, y assi se declarò por passada en autoridad de cosa juzgada, mandando, que de ella se despachasse carta executoria à Don Diego de Vrbina.

JVYZIO DE PROPRIEDAD.

23 En virtud de la reserva que contenia la sentencia del juyzio possessorio, por parte de Gaspar de Murga, num. 15. se puso demanda de propriedad en esta Chancilleria à Don Diego de Vrbina, numer. 14. como padre, y legitimo Administrador de Don Diego Joseph de Vrbina y Tertanga, num. 17. su hijo legitimo, y de Doña Isabel de la Cantera, concluyendo se le declarasse tocar, y pertenecer la succession de dicha Capellania en propriedad à Matias de Murga su hijo, num. 18. y que se le condenasse al dicho Don Diego de Vrbina à la restitucion de todos los bienes, y efectos de ella, con los frutos, y rentas que huviessen rentado, y podido rentar desde la muerte de Don Pedro de la Cantera, num. 12.

24 A esta demanda se respondiò por Don Diego de Vrbina lo que resulta del memorial ajustado; y aviendose recibido à prueba el pleyto, con el termino ordinario, y despues en restitucion con la mi-

tad

tad se concluyò legitimamente, y visto por el Juez Mayor de Vizcaya, se diò sentencia de vista, por la qual absolviò, y diò por libre al dicho Don Diego de Vrbina, como padre, y legitimo Administrador del dicho Don Diego Joseph su hijo, de la demanda contra èl puesta por parte del dicho Gaspar de Murga, por sì, y en nombre de sus hijos, en razon de la succession en propriedad de la Memoria, y Capellania de Missas que mandò fundar Juan de Tertanga Salazar, declarando tocar, y pertenecer la dicha Memoria, y su Patronato al dicho Don Diego Joseph de Vrbina, con los frutos, y rentas, desde la muerte de la dicha Doña Isabel de la Cantera, vltima posseedora, num. 14. imponiendo en razon de ello perpetuo silencio al dicho Gaspar de Murga, y sus hijos, para que aora, ni en ningun tiempo no puedan pedir, ni demandar en su razon cosa alguna.

25 De esta sentencia se suplicò por el dicho Gaspar de Murga, por sì, y en nombre de sus hijos, à que se respondiò por Don Diego de Vrbina; y aviendose concluido el pleyto para difinitiva, se passò à ver en revista, en cuyo estado se halla, y para su determinacion favorable, y que se confirme la sentencia de vista; se recuerdan à los señores Juezes que lo tienen visto los fundamentos legales que asisten à Don Diego Joseph de Vrbina.

FVNDASE TOCAR LA SVCCESSION de la Memoria, ò Aniversario, que se litiga, à Don Diego Ioseph de Vrbina, numer. 17.

26 Firme, y segura proposicion es entre todos los Autores, el que la succession de los Patronatos, Memorias, y Aniversarios perpetuos, se debe governar por las reglas, y principios de los mayorazgos,

gos, *iuxta dispositionem,leg.13.tit.7. lib.5. Recopilat.* vt docet Dom. Molina *lib.1.cap.1.ex num.26.* & ibi Add.Dom.Castillo *lib.3.capit.19.num.275. & lib.5. cap.87.* Dom.Lar. *de Aniversar.lib.1.capit.5.per tot.* Gutierrez *practicar.quæst.85.* Mostazo *de causis pijs, lib.3.cap.2.num.50. & 51.* Rojas *part.8.capit.3.numer.33.* & ibi Aguila, lo qual procede tambien en la succesion de las Capellanias laicales, porque como estas se hallan essentas de la jurisdicion del Ordinario, no se consideran como Beneficios Eclesiasticos, sino como legados pios, vt animadvertit Gomez *in leg.40. Tauri, num.65.in fin.* Dom.Molina *lib.1.capit.7. numer.10.& lib.3.cap.6.num.42.* Dom. Castillo *tom.2. cap.22.num.43.* Barbossa *de iur.Ecclesiastic.lib.3.capit.5.num.7. & vot.72. numer.2.* Mostazo *de causis pijs, lib.3.cap.2.num. 50.* Pegas *resolut.cap.4. num. 172.* Aguila,ad Rojas *part.8.cap.3.num.20.*

27 No se ha negado vna, ni otra proposicion por parte de Gaspar de Murga, num.15. ni tampoco el que la succesion de esta Memoria, ò Capellania(como quiere que sea) debia regularse por las reglas,y forma de succederse en los mayorazgos de España, por ser Capellania mere profana, y estar assi declarada por los Juezes de Cruzada, del Obispado de Calahorra,en el año passado de 1683.

28 Siendo pues induvitable, que la succession de esta Memoria, ò Aniversario ha de correr, ad instar maioratus, no parece, que puede tener duda el que toque la succesion à Don Diego Joseph de Vrbina, num.17. porque si en qualquiera succesion debe ser preferido aquel que se halla con llamamiento anterior, *leg.cum ita legatur,§.in fideicommis.ff.de legat.2. leg.pecto,eodem tit. leg.1. quorum bonorum,* D. Molina *lib.1.cap.2.num.27.& lib.3.cap.13.num.23.& cap.8. num.5.* vbi Add. Mieres *de maioratib. part.2.quæst.1. num.14.* D.Valençuela *consil.23.num.2.* D.Castillo

lib.

lib.5.controv.cap.155.num.final, D. Larrea *decis.* 33. *num.*33.Rojas *de incompatibil.* 4.*part.cap.*1.*per tot.* ybi D. Ferdinand. del Aguila, concurriendo en èl esta calidad por consequencia precisa, serà el legitimo succeßor de esta Memoria, ò Aniversario.

29 Y pues la clausula de la fundacion es la que ha de acreditar esta verdad, serà preciso recurrir à à ella, y ponderar las palabras en que funda Don Diego Joseph su derecho, aunque son tan claras, expressas, y literales, que con ninguna exposicion se pueden hazer mas manifiestas, vt aliàs dicebat D. Hieronymus, adversus Jobian.*lib.*1.*pagin. mihi* 532. ibi: *Hoc mihi tan clarum est, vt nulla expositione quaat manifestius fieri.*

30 Dize pues el Fundador en su clausula, despues de aver llamado à Diego de Tertanga, num. 6. y à los hijos, y successores de Joseph de Murga, num.8. *Que antes de estos dos, aya de entrar en la Memoria, y Capellania el hijo, ò hijas de Antonia de Tertanga Salaçar, num.7. de quien es nieto legitimo Don Diego Ioseph, num.*17.

31 A vista pues de esta clausula quien podrà negar, que Don Diego Joseph se halla incluido en el llamamiento que diò el Fundador à los hijos, y à las hijas de Antonio de Tertanga Salaçar, no solo porque siendo el parentesco tan inmediato con el Fundador, *prædilecta aliqua persona videntur, etiam predilecti eius descendentes, vt ex leg. cum Avus* 102.*de condit.* & *demonstrat.leg.cum acutissimi, Cod. de fideicom.* vt docet D.Molina *lib.*3.*cap.*5.*num.*53.D.Larrea *decis.* 54.*numer.*7.D.Castill.*lib.* 3.*cap.*15.*num.* 84. & *lib.* 5.*cap.* 92.*num.*59.& 69. Rojas 5.*part.cap.*4.*num.* 22. vbi Aguila. Sino tambien, porque en las succesßiones perpetuas, y que tienen tracto succesßivo, *appellatione filiorum nepotes continentur, leg. liberorum, ff. de V.S.* D. Molin.*lib.*1.*cap.*6.*num.*28.D. Castill. *tom.* 5. *cap.* 66. *num.*43.& 59.& *cap.*132.*num.*9. D. Larr. *decis.* 54.

num.

num.3.& cum alijs,quam plurimis,D.Ferdinandus del Aguila,ad Rojas *part.8.cap.8.num.3.& 4.*

32 A lo solido de este fundamento, sacado de lo literal de la clausula,se ha pretendido dar diferentes evasiones,violentando el sentido de las palabras, reconociendo que sino es por este medio no se puede negar el llamamiento anterior de Don Diego Joseph, no advirtiendo,que quando la voluntad de el testador es clara,y manifiesta,no deven tener lugar las interpretaciones,y congeturas,como lo enseñò el Consulto *en la ley ille 25.§.1.ff. de legat.3.* ibi: *Cum in verbis nulla ambiguitas est,non debet admitti voluntatis quæstio,leg. 69.ff.eodem.Non alitèr à significatione verborum recedi oportet,quam cum manifestum est aliud sensisse testatorem*, y lo amonestò con elegancia el Casiodoro *lib. 9.Epistol.32.*ibi:*Cum ad examem venient quæ petantur incerta,nan quis de illa re stimet deliberandum vbi nihil reputatur ambiguum.*

33 Porque las palabras, y clausulas de las disposiciones se han de entender en su propia significacion,y como suenan, no solo quando no contienen duda,y ambiguedad,como lo mandò la *Ley de la Partida 5.tit.33.partit.7.*ibi:*Las palabras del fazedor del testamento deven ser entendidas llanamente, assi como ellas suenan,è non se deve el juzgador partir del entendimiento de ellas*,pero aun quando la padezcan,*ex leg. 1.§.licèt 20.ff.de exercitoria actione*,ibi:*In re igitur dubia melius est,verbis adicti servire, cap. 1.de testamentis in 6.*

34 La interpretacion, pues, que se quiere dar al llamamiento de las hijas de Antonia de Tertanga,es,el que no fue para la succession de la Capellania, sino para el Patronato,por dezir, que eran incapazes de ser llamadas à la dicha Capellania, y mas pidiendo el Fundador la calidad del Sacerdocio en el Capellan, q̃ la posseyesse,como se reconoce de las palabras de la mis-

ma clausula. *Y si el dicho mi sobrino quisiere Ordenarse de Sacerdote, la goze con la vendicion de Dios, y la mia.* Y que siendo à quien puso este gravamen el primer llamado, y mas predilecto, se deve presumir que su voluntad serià el que en los demàs successores concurriesse la misma calidad del Sacerdocio.

35 A estas congeturas se añade por Gaspar de Murga, la disposicion de Diego de Tertanga, en la clausula 7. en que prohibiò à las hembras succeder en dicha Capellania; porque nadie como este, que fue testamentario del Fundador, y à quien diò comissìon para disponer, y fundar dicha Capellania, pudo saber su mente, y voluntad.

36 Estos son los fundamentos en que se cifra toda la defensa de la parte contraria, y para desvanecerlos, es preciso bolver los ojos à la clausula, y ponderar con la mayor distincion, y claridad todo su contexto, para poder venir en el mas seguro conocimiento de la voluntad del testador.

37 Dize pues en primer lugar, que se funde vna Capellania en Nuestra Señora la Patrona de la Ciudad de Orduña, en cuya fundacion se gaste 20U. ducados de vellon: *Y que aya perpetuamente dentro de la Hermita vn Capellan, el qual tenga obligacion de dezir Missa en dicha Hermita todos los dias.* Estas palabras son muy dignas de repato, por ser proemiales, y que de ordinario dan inteligencia à toda la disposicion; *leg. regula in fine, ff. de iuris, & facti ignorantia, leg. final, de haredibus instituendis, leg. 1. ff. si certum petatur;* D. Molin. *lib. 1. cap. 5. ex num. 1.* Garcia *de nobilitat. in divisione operis, ex num. 2. cum sequentib. vbi latè, & doctè.* Como sucede en la controversia presente, pues de ellas se infiere el que no fue la voluntad de el Fundador, que los posseedores de dicha Memoria, ò Capellania dixessen por si las Missas, sino que para este efecto huviesse vn Sacerdote que viviesse dentro de la

Hermita, como lo denotan aquellas palabras: *Y que aya perpetuamente dentro de la Hermita vn Capellan*, hoc est, el que fuesse eligido por el Patron, como lo dà à entender el aver passado à nombrar por tal Patrono inmediatamente, ibi: *Y que de esta Memoria sea Patrono mi sobrino Diego de Tertanga, y sus sucessores.*

38 Porque, aliàs, huviera dispuesto que todos los llamados à dicha Capellania viviessen dentro de la Hermita, y dixessen por si las Missas; pero de no averlo explicado assi, y solo aver mandado indistincta, y absolutamente el que huviesse perpetuamente dentro de la Hermita vn Capellan, se deduce que no hablò de los que despues llamò al goze, y sucessión de dicha Memoria, y Capellania.

39 Este discurso se assegura mas con las palabras siguientes de dicha clausula, ibi: *Y si el dicho mi sobrino quisiere ordenarse de Sacerdote, la goze con la vendicion de Dios, y la mia*; en que manifestò el Fundador no aver antes hablado de este, ni de ninguno de sus sobrinos, à quien posteriormente llamò, dando à entender, que el Capellan de quien avia hablado antes, y dispuesto que dixesse las Missas en la Hermita, era vna persona estraña, qual el Patron nombrasse dandole el extipendio competente; pues no es verosimil, que el Fundador quisiesse, que vna renta tan grande, como la q̃ importa dicha Capellania dexassen de percibirla sus parientes tan cercanos; porque la gozasse vn estraño.

40 Y aunque de la circunstancia de aver mandado, que Diego de Tertanga se Ordenasse en caso que quisiesse gozar la dicha Capellania, se haze argumento para que todos los que huvieren de succeder en ella tengan la misma precisión, y necessidad, no es ilacion legitima, ni concluyente; porque esta disposicion mirò à que el dicho Diego de Tertanga, num. 6. lograsse el emolumento, y estipendio que avia de percibir el Capellan que viviesse en la Hermita, diziendo por si las Missas.

Pero

41 Pero quando dado caso, que en Diego de Terranga, num. 6. huvieſſe ſido preciſa neceſsidad el Ordenarſe de Miſſa para poder gozar la dicha Capellania, no por eſſo avria la miſma preciſsion en los demàs llamados, y eſpecialmente en los hijos, y deſcendientes de Doña Antonia de Terranga, num. 7. por dos motivos concluyentes.

42 Lo primero, porque la calidad, y gravamen que ſe pone al primer llamado, no ſe entiende repetida en los demàs ſucceſſores; porque ſe preſume perſonal, y no real, *leg. ſub conditione 73. de hæredibib. inſtituend.* ibi: *Sub conditione hærede inſtituto ſi ſubſtituamus, niſi eamdem conditionem repetamus pure, eum hæredem ſubſtituere inteligimus, leg. quæ conditio 39. ff. de condit. & demonſtat.* ibi: *At quæ conditio ad certas perſonas accommodata fuerit, eã referre debemus ad eũ duntaxat gradum, quo hæc perſonæ inſtitutæ fuerunt, leg. ſi ita 69. ff. eod.* ibi: *Quia conditio perſonæ iniuncta videtur, leg. 1. §. illud, ff. de legat. 3.* ibi: *Illud certè indubitate dicitur, ſiquis inteſtatus decedens ab eo, qui primò gradu ei ſuccedere potuit fideicommiſſum reliquerit, ſi illo repudiante ad ſequentem gradum deboluta ſit ſucceſsio eum fideicommiſſum non debere, & ita Imperator noſter reſcripſit, ſed ſi à Patrono ſit relictum, & aliquis ex liberis eius mortuo eo admiſſus ſit ad bonorum ſucceſſionem idem erit dicendum, leg. qui gravi, leg. is qui in princip. leg. cum pater, §. cum exiſtimaret, leg. celſus, §. penultim. & final, leg. ſi plures, ff. eodem tit. de legat. 3. cum alijs mille legibus, Bartolus in leg. Peto, §. fratre, num. 4. ff. de legat. 2. Bald. conſ. 217. num. 3. Barboſ. in leg. quia tale 14. ff. ſoluto matrimonio, num. 3. Burſatus conſ. 131. num. 14. cum ſequentib. D. Caſtill. lib. 5. controv. cap. 89. num. 125.* Eſpecialmente, quando el gravamen ſe pone, *vt in noſtro caſu*, à perſona cierta, y determinada, *ex leg. ſi plures 98. ff. de legat. 3. leg. 1. §. id quod 13. ff. ad leg. falcidiam*, Baldus *conſ. 302. lib. 4.*

Nata *conſ.*551.Menoch.*conſ.*85.*num.*26. *& conſ.* 97. *num.* 19. Simon de Pretis *de interpretatione vltimar. voluntatum,lib.*3.*interpretat.*4.*dubitat.*4.*ſolut.*1.*numer.*39.*& cum alijs*,Caſanat.*conſ.*4.*num.*141. D.Lara *de vita hominis,cap.*13.*num.*56.

43 Y de aqui nace el ſer comun reſolucion de todos los Autores Regnicolas,que la calidad de agnacion pedida en los primeros llamados,no ſe extiende à otras perſonas,grados,y lineas,y ſiempre ſe preſume limitada à las perſonas à quien el Fundador llamò con la dicha calidad,vt cum D.Molina *lib.*1.*cap.*6.*num.* 26. *& lib.*3.*cap.*5.*num.*10. docent ibi Addent. D. Lara *de vita hominis,cap.* 30. *num.* 85. D. Valençuel. Velazq. *conſ.*113.*num.*8.Garcia *de nobilitat. in diviſsione tractatus,ex num.*14.Mieres *de maioratib.*2.*part.quæſt.*4. *illation.*8.*num.*203.*& quæſt.*6.*ex num.*220.D. Caſtill. *lib.*2.*cap.*4.*num.*128.*& lib.*5.*cap.*42.*num.* 45. *&* 59. *& cap.*93.§.21.*per totum*,D.Larr. *deciſ.* 54. *num.* 10. D.Vela *diſertat.*49.*num.*107.*& cum alijs quamplurimis*,Rojas 4.*part.cap.*2.*num.*12.& ibi Aguila.

44 Fundaſe la opinion de eſtos Autores en tres circunſtancias, que concurren en eſte pleyto: Lo primero,porq̃ ſiempre q̃ los llamamiẽtos poſteriores eſtàn comprehendidos en oracion diſtincta,y ſeparada,no ſe deve preſumir que el teſtador quiſo extender el gravamen pueſto à los primeros llamados, como lo advirtiò elegantemente Baldo *en el conſejo* 153. *volumine* 5. *num.*3.*ex leg.in repetendis* 63.*de leg.*3.*cap.requirit.* 2. *de appellationib.*cuya doctrina magiſtral ſiguen comunmente D.Molin.*lib.*1.*cap.*6. *num.* 22. *& lib.* 3. *cap.* 5. *num.*21.56.*&* 57.D.Caſtill.*lib.*5.*cap.*117.*à num.* 28. Mantica *de coniecturis,lib.*10.*tit.*6. *num.* 34. Caſanate *conſ.*35.*num.*34.Garcia *de nobilitate,in diviſsione operis,num.*23.Mieres 2.*part.quæſt.* 4. *illat.* 8. *num.* 215. *& cum alijs quam plurimis*, Rojas *dict.* 4. *part. cap.* 2. *num.*10.*&* 11.

Lo

45 Lo segundo, porque la mayor razon que se halla para desvanecer el gravamen de la agnacion impuesto à los primeros llamados, es el que las hembras estèn llamadas in qualibet parte dispositionis, como lo assentò por regla magistral ex doctrina Bald. *conf.* 473. *lib.* 5. D. Molin. *lib.* 3. *cap.* 5. *num.* 50. quem sequitur Surd. *conf.* 316. *num.* 3. Menoch. *conf.* 44. *num.* 10. Peregrin. *de fideicommiss. artic.* 23. *num.* 26. Juan Gutierr. *conf.* 13. *num.* 23. D. Castill. *lib.* 2. *controv. cap.* 4. *num.* 178. *& tom.* 5. *cap.* 9. *num.* 3. D. Lara *de vita hominis, cap.* 30. *num.* 82. *&* 96. D. Larr. *decis.* 54. *numer.* 5. D. Vela *disertat.* 49. *num.* 87. D. Crespi *observat.* 3. *numer.* 54.

46 Lo tercero, porque quando el sustituto es llamado sub expresso nomine, no se entiende repetido el gravamen, y antes bien se presume derogado; *maximè si non habeat qualitatem petitam in primis vocatis, vt pro regula tradit ex dicta leg. si plures, ff. de legat.* 3. D. Molin. *dict. lib.* 3. *cap.* 5. *num.* 68. ibi: *Secundum quod, quando substitutio facta est alicui, sub aliqua qualitate expresso nomine proprio nunquam inducitur qualitatis repetitio*, tenent Menoch. *præsumpt.* 84. *numer.* 20. Fusar. *de substitut. quæst.* 403. *num.* 31. & Addent. ad Molinam *dict. num.* 68.

47 Todas estas circunnstacias concurren puntualmente en el caso de este pleyto; porque el llamamiento que diò el Fundador à las hijas de Antonia de Tertanga, num. 7. se halla en oracion distincta, y separada, y sin conexion, ni dependencia con el llamamiento de Diego de Tertanga, num. 6.

48 Tambien concurre el aver llamado expressamente à las hijas de la dicha Antonia de Tertanga, conque es visto no aver querido excluir à las hembras de la succesion de dicha Memoria, desvaneciendose por este medio la calidad, y gravamen del Sacerdocio; assi como en los mayorazgos, *vt suprà probabi-*

 mus,

mus, se destruye el concepto de la agnacion por el llamamiento de las hembras.

49 *Tandem*, las hijas de la dicha Antonia de Tertanga, se hallan substituidas al dicho Diego de Tertanga, num. 6. ex quo induci nequit qualitatis repetitio, sin que obste el aver sido llamadas, *nomine appellativo, quia quando appellativum nomen vni soli convenit, nec potest in alio verificari habetur, ac si nomine propio fuisset nominatus, leg. 2. de liber. & posthumis, §. §. Instituta de exharedat. liber. vt ex his iuribus, & alijs authoritatibus*, docet Lara *de vita hominis, dict. cap. 13. num. 53. cum sequentib.*

50 Reconociendo la fuerça de estos fundamentos, se ha procurado por el Abogado contrario dar vna extraordinaria salida al llamamiento de las hembras, aplicandole à la succesion del Patronato, fundandole para ello en que sino se entendiesse asi la voluntad del testador, se hallaria vna contrariedad, y repugnancia en el contexto de dicha clausula, respecto de aver querido fundar vna Capellania con el gravamen de que el Capellan dixesse por si las Missas, lo qual no podia ser compatible, conque las hembras succediessen en dicha Capellania, de que se devia inferir aver solo llamado el Fundador à las hembras para que succediessen en dicho Patronato.

51 Este argumento, que es el princial marte de la defensa contraria, aunque no merecia satisfacion, por fundarse en vn discurso divinatorio, que se pretende inferir de palabras que no se hallan en toda la clausula, suponiendo para ello lo que no dispuso, ni quiso disponer el Fundador, por estar reprobado, y delestimado en el derecho, *leg. non aliter delegat. 3. leg. si alij 19. ff. de vsufruct. legat. leg. quidam cum filium de haredib. instituend. leg. vnic. §. sin autem, Cod. de caducis tollend. leg. vnic, §. 1. itaque, Cod. de rei vxor. action. cum mille alijs iurib. congestis à* Baldo *consil. 235. lib. 5.* Me-

no-

nochio *consil.97.num.94.* Mantica *de coniectur. vltim. voluntat. lib.3. tit.19. num.5.& 6.* Leon *tom.1. decis. 60.num.20.& 21.* sin embargo, para que quede mas acrisolado el derecho de Don Diego Joseph de Vrbina, se responderà à todos los reparos que se han opuesto contra el dicho llamamiento.

52 Lo primero, pues por donde se convence el reparo de la parte contraria, es, porque las Capellanias Laycales, quando no tienen la calidad de aver de dezir por si las Missas los posseedores, no se reputan verè, & propriè por Capellanias, sino es por vnos Aniversarios, ò Memorias de Missas, y como tales las pueden posseer las hembras, los infantes, y aun los seculares casados, vt communitèr observant Valasc. *consultat. 60.num.13.* Gonçalez *in regul.8. gloss.5.num.26.* Pater Molina *disputat.576.* Mostaz. *lib.3. cap.2. numer.43.* Cardinalis Luca *in Theatro veritatis, tract. 1. discurs. 80.num.18.*

53 Y la razon la diò elegantemente D. Lara *lib.2. cap.1. numer.22.* ibi: *Sed velim advertas lector, quod sepissimè contingit fieri ab hominibus imperitis literarum, maximè fœminis Aniversarium, Missarum; & vocant illud Capellaniam; & inferius. Nam eo casu licèt testator, seu relinquens vtatur verbo Capellania, non debet Capellania iudicari, nec bona erigi in spiritualibus, sed relinqui in sua temporalitate, quia quando constat de voluntate testatoris receditur à propietate vocabuli. leg. cum delanionis, §. asinam de fundo instructo,* y lo mismo bolviò à repetir en el *num.31. cum sequentib.*

54 Siendo pues, como son corrientes las doctrinas de estos Autores, no es, ni puede ser de embarazo el aver llamado el Fundador Capellania, à la que en realidad viene à ser vn legado pio, ò Aniversario de Missas, sin que de ello se pueda deducir la precissión del Sacerdocio en los posseedores; y mas quando se recono-

ce, que en diversas partes de la clausula vsò el testador de la palabra *Memoria*, no haziendo distincion de la significacion rigurosa que vna, y otra tiene.

55 Y aunque se replicara, que la voluntad del Fundador fue de que los successores en dicha Capellania dixessen por si las Missas, como lo manifestò en el llamamiento de Diego de Tertanga, num. 6. y que como calidad, y condicion puesta al primer llamado, y mas predilecto deve extenderse à los demàs llamados, tiene facil salida este reparo; assi por lo que queda fundado antecedentemente, como porque el argumento de la predileccion, no tiene lugar quando puede militar diversa razon en las personas substituidas, y mas en materias odiosas en que se deve restringir, y limitar el gravamen, vt elegantèr animadvertit ex Mantic. Menoch. Zephal. Cavalcan. Casanat. & alijs, D. Castill. *lib. 5. controvers. cap. 84. ex num. 33. cum sequentib.*

56 Lo segundo, porque quando sin perjuyzio del derecho que assiste à Don Diego Joseph, concediessemos que la calidad de Sacerdocio puesta en la persona de Diego de Tertanga, num. 6. avia sido transcendental à los demàs llamados, no pudiera oy perjudicarnos, porque con lo dispuesto en el codicilo quedò revocada la primera disposicion, respecto de aver permitido, que el dicho Diego de Tertanga en qualquier estado en que se hallasse gozasse toda la renta cumpliendo con mandar dezir las Missas; y assi deve observarse la misma disposicion en los siguientes llamados, *leg. ius civile, ff. de iustit. & iure, leg. quibus diebus, §. quidam Titio, ff. de condit. & demonstrat. leg. quidam Consulebant, de re iudicata, leg. 1. §. siquis simplicitèr, de V. O. §. praterea, Institut. de inutilib. stipulationib.* docent Craveta *cons. 910. num. 3.* Zephal. *cons. 35. numer. 52.* Menoch. *cons. 134. num. 37.* Mantic. *de coniecturis, lib. 3. tit. 7.* Azebed. *cons. 1. num. 6.* Y hablando de vn caso muy semejante à este, D. Castill. *lib. 5. controv. cap. 89. n. 171.*

Este

47 Este fundamento aun haze mas fuerça en el caso presente; porque no aviendo otra razon para gravar à los successores en dicha Capellania con la calidad del Sacerdocio, que el aver impuesto este gravamen al primer llamado, cessando esta razon por la posterior disposicion del testador, es justo, y conforme à Derecho, el que quede dispensado, y derogado en los demàs llamados, *quia nihil tam naturale est, vt quidquam disolvatur eo modo quo coligatum est, & quia correlativorū natura est, vt dispositum in vno, eo ipso in alio dispositum censeatur, & idem iuditium sortiantur, leg. final, ff. de aceptilationib. leg. 1. Cod. de transactionib. leg. siquis servo, Cod. de furtis; cum alijs congestis à* Tiraquel. *de retract. lignagier. §. 1. gloss. 9. à numer. 171.* Barboss. *in axiomat. iuris, cap. 61.* Velasco *in eodem tractat. litt. A. num. 397. & litt. C. num. 253. & cum alijs, quam plurimis,* Dom. Solorçan. *de iur. Indiar. tom. 2. lib. 2. cap. 21. num. 3.*

48 Y de aqui procede, el que dispensado qualquier gravamen en el primero, ò en otro de los llamados, se entiende, y presume dispensado, y derogado en los demàs, como lo resuelven, siguiendo à Baldo *in Authentic. quas actiones, Cod. de Sacrosantis Eccles.* Mantic. *de tacit. & ambiguis, lib. 13. tit. 42. numer. 13.* Sesse *decis. 64. num. 31.* Surd. *decis. 276. numer. 9. & decis. 62. num. 25. & in tractat. de aliment. tit. 9. quæst. 31. num. 57.* Gratian. *discept. 918. num. 66. & discept. 920. num. 3.* Menochio *de recuperand. posses. remed. 15. numer. 19. & 20. & cum alijs, quam plurimis,* Giurba *de feudis, §. 2. gloss. 2. num. 21.*

49 Y hablando en terminos de feudos, y emphyteusis Eclesiasticos, en que segun su naturaleza no pueden succeder hembras, ni varones que no sean legitimos, si se dispensare con los primeros, seran capaces los descendientes de ellos, aunque padezcan la misma excepcion, lo resuelven cum Baldo *in cap. quæ in*

Ecclesiarum, *de constitut. num.* 43. Decius *cons.* 365. *num.* 7. Ancarran. *cons.* 339. Jasson *in leg. sed si hac*, §. *liber. ff. de in ius vocando, numer.* 1. Socin. *in leg. cum Avus, ff. de liber. & posthum. num.* 85. *cum sequentibus*, Burgos de Paz *in prœmio legum Taur. num.* 131. Caldas *de nominat. quæst.* 20. *num.* 7. & 21. Molin. *de iustit. & iur. disputat.* 475. *num.* 10. Galeota *lib.* 2. *controv.* 2. *numer.* 46. Piñeyr. *de iure emphyteutic.* 2. *part. disputat.* 5. *section* 5. *num.* 136.

50 Y en terminos de la ley mental de Portugal, que prohibe la succesſion de las hembras, y tranſverſales, ſi diſpenſare el Principe con algunas de eſtas perſonas prohibidas, ſe entiende derogada la ley para ſiempre, ex doctina Dec. *in cap. cum omnes*, *de constit. num.* 40. Valaſc. *consultat.* 122. *numer.* 22. *idem de iure emphyteut. cap.* 50. *num.* 21. Gratian. *disceptat.* 463. *num.* 3. Altograd. *cons.* 33. *num.* 25. & 26. Ponte *cons.* 55. *num.* 20. & 21. y con otros muchos lo funda latamente Pegas *tom.* 10. *ordinam. cap.* 62. *per tot.*

51 Y es la razon, porque la derogacion, ò diſpenſa del gravamen, quod non procedit à iure, como es favorable ſe deve extender *de casu ad casum*, & *de persona ad personam, leg. cum quidam de liber. & posthumis, cap. ne aliquid de privilegijs in* 6. *cap. ad audientiam de Clericis non residentib. observant comm. quam plurimi congesti à* Velaſ. *in axiomat. iur. lit. F. num.* 115. & *litt. O. num.* 2. Botiller. *de succes. cap.* 2. *theoremat.* 65. *num.* 13. Marinis *lib.* 1. *resolut. cap.* 160. *num.* 5.

52 No parece que avia neceſsidad de recurrir à la diſpenſa, y derogacion del gravamen pueſto à Diego de Tertanga, num. 6. quando en la miſma clauſula ſe halla, que el teſtador en quanto à las hembras no ſolo diſpensò el gravamẽ, ſino que aun la miſma Capellania quiſo reducirla à memoria de Miſſas, llegando el caſo de ſucceder las hijas de Antonia de Tertanga, como lo denotan aquellas palabras, ibi: *Y entiendese, que* an-

antes de estos dos, ha de entrar en la Memoria, y Capellania el hijo, ò hijas de Antonia de Tertanga Salazar: Las quales puso el testador con gran misterio para dar à entender, que llegando las hembras llamadas à succeder se convirtiesse en Memoria, ò Aniversario, lo que para el primer llamado avia sido Capellania.

53 Persuadese este discurso, asi por la razon que queda pôderada, como porque todas las palabras que contiene vna disposicion; presume el Derecho q̃ estàn puestas con advertencia, y cuidadoy para q̃ obrẽ algun efecto, *vt ex leg. si quãdo in princip. de legat. 1. leg. generali, §. 1. ff. de vsufruct. legat.* docent Tusch. Peregrin. Surd. Menoch. Mier. Mantic. & alij congesti à D. Castill. *lib. 4. controv. cap. 38. ex num. 1. cum sequentibus*, y la razon es la que advirtiò el Jurisconsulto en la *ley Labeo 7. §. servius 2.* ibi: *Cæterum nemo existimandus est dixisse, quod non mente agitaverit*, lo qual exornat suo more D. Castill. *lib. 5. cap. 107. ex num. 1.*

54 Luego si ninguna palabra, como advierten los Autores referidos, se ha de tener por superflua; es consiguiente, que el aver vsado en dicha clausula de la palabra *Memoria*, en ocasion que llamava las hembras, fue dar à entender, que su animo era el que la gozassen como tal, quitando la duda que podia ofrecerse, dexandola con el nombre de Capellania.

55 Para lo qual conduce con gran propiedad lo que vulgarmente dizen los Autores, *ex leg. quidam, §. denique, ff. de iure codicil. & ex leg. plenum, §. æquitij, ff. de vsu, & habit*: que las palabras, y mente de los testadores se deven entender, è interpretar *secundum qualitatem, & conditionem personarum cum quibus locutus fuit, aut erga quas proferuntur*, vt optimè ex Mascard. Alvarad. Mantic. Patian. Casanat. Mieres, & alijs observat D. Castill. *dict. lib. 5. cap. 84. ex num. 1.*

56 Lo tercero, y que mas convence la interpretacion que se ha dado à dicha clausula, es, porque

los

los hijos,y hijas de Antonia de Tertanga, num. 7. tienen su llamamiento para la succession del Patronato en otras palabras anteriores de la misma clausula, ibi: *Y que de esta Memoria sea Patrono Diego de Tertanga mi sobrino, Y SVS SVCCESSORES*, en que estàn incluidos no solo los hijos de Diego de Tertanga, sino tambien los parientes transversales, que tuvieren derecho de succeder en dicho Patronato, *ex leg. 3. §. de illo, ff. pro socio, leg. illud, ff. de adquirenda hæreditate*, Peregrino *de fideicommiss. artic. 32. num. 49. & final*, Menoch. *lib. 4. præsumpt. 86. num. 57.* Barboss. *de verb. appellativ. appellat. 216. num. 4.*

57 Y aun por reconocerlo assi el Fundador, no passò à dar mas llamamiento para el dicho Patronato, pareciendole, que con aver llamado à los successores de Diego de Tertanga, quedavan todos sus parientes comprehendidos, y llamados, y sin necessidad de nombrarlos especificamente.

58 Luego el llamamiento posterior del hijo, ò hijas de Antonia de Tertanga, no pudo ser para el Patronato, para cuya succession yà dexava la disposicion necessaria, sino es para la Capellania, ò Memoria, à la qual no los avia llamado hasta entonces, como clara, y manifiestamente lo publican las palabras de dicha clausula.

59 A vista pues de estos fundamentos se reconoce, quan futil es la interpretacion que por el Abogado contrario se quiere dar al llamamiento de las hembras, queriendola fundar en vn absurdo, que no se sigue; assi porque no lo es el que las hembras succedan en vna Capellania, que solo lo es en el nombre; como por què aun quando lo fuesse para en este caso, la reduxo el Fundador à vna Memoria, ò Aniversario de Missas.

60 Ni tampoco se sigue oposicion, ni contrariedad de que succedan las hembras por la misma ra-

zon;

zon; y quando se siguiesse, se devia interpretár la clausula en la misma forma, que queda interpretada; solo porque no se diesse contrariedad en la voluntad del Testador, para cuyo efecto permite el Derecho el dividir los casos, y personas, y distinguir, è interpretar las palabras, *admitendo aliquid ex contrarijs respectu unius personæ, vel casus, & non respectu alterius, & in propriare verba, ex cap. inter dilectos, § cæterum de fide instrumentorum, cap. cum expediat de electione in 6.* como lo advirtiò latè, & doctè Rojas *de incompatibilit. part. 4. cap. 5. per tot. & præcipuè, ex num. 11. cum sequentib.* ybi D. Ferdinand. del Aguila.

61 Esta inteligencia, que hemos dado à las palabras, y mente del Testadōr, es la misma que siempre se ha dado por todos los de la familia, y lo que es mas, por el mismo Gaspar de Murga, num. 15. pues como resulta de los instrumentos que nuevamente se han presentado en el pleyto que litigò el año passado de 1692. con Joseph de Murga, num. 8. su padre, como Curador adlitem de Pedro de Murga su nieto, sobre la succession de la Capellania de 500. ducados, que vacò por muerte de el Padre Juan de Aguirre, alegò lo mismo, en que nos fundamos, como se manifiesta de estas palabras: *A lo qual no obsta, que soy mere secular, y estoy casado, y velado in facie Ecclesiæ, porque esta no es Capellania Eclesiastica, ni requiere orden alguna, sino que solamente es un vinculo, y mayorazgo, con gravamen de cierto numero de Missas, y esto se haze evidente, porque su fundador no las llamò Capellanias Eclesiasticas, ni las hizo colativas, ni estàn espiritualizados sus bienes: Y EN LA CAPELLANIA PRINCIPAL, QUE ES, LA DE LA PATRONA DE ESTA CIUDAD, LLAMO, ASSI A HIJAS, COMO A HIJOS, Y DIXO, QUE SE PUDIESSE GOZAR, SIENDO CASADO; pero que si el posseedor se quisiesse ordenar pudiesse gozar*

 es-

estando ordenado; y todas estas son clausulas, que assientan ser mayorazgo, y no Capellania Eclesiastica; y si esto quiso el Fundador en la Capellania mayor, tanto mas lo quiso en las Capellanias menores.

62 De esta confession de la parte contraria nace el mayor fundamento de D. Diego Joseph de Vrbina, por ser la prueba mas relevante en el concepto de Derecho, *ex leg. non intelligitur, §. tacite de iure Fiscij, leg. si filius; leg. vltim. de interrogat. actionib.* en donde asientan los Jurisconsultos, que sola la confession es bastante, para que los bienes se estimen de fideicomisso, y que como tales se aya de succeder en ellos, sin que se pueda intentar el variar la forma de la succession, *tradunt post alios* Tiber. Decian. *consil.* 2. *num.* 311. *lib.* 1. *& consil.* 44. *num.* 74. *lib.* 3. Paris. *consil.* 75. *num.* 52. *volum.* 2. Mantic. *de coniectur. lib.* 3. *titul.* 1. *num.* 28. Menoch. *consil.* 101. *num.* 57. Peregrino *de fideicommis. artic.* 43. *num.* 6. Burgos de Paz *consil.* 9. *num.* 1. Dom. Larrea *decis.* 56. *num.* 4. Dom. Castillo *controvers. lib.* 4. *cap.* 26. *num.* 7. Reynoso *observ.* 22. *ex num.* 4.

63 Hallase corrovorada esta confesion, è inteligencia de la clausula, cō la observancia de mas de 10. años, sin q̄ ninguno de la familia lo aya repugnado, ni contradicho, assi en la ocasion, que D. Pedro de la Cantera, num. 7. tomò possession de la Memoria, ò Capellania litigiosa, en nombre, y como padre, y legitimo Administrador de Doña Isabel Maria de la Cantera, numer. 14. su hija, como quando se litigò ante los Juezes de Cruzada, del Obispado de Calahorra, sobre la calidad, y naturaleza de dicha Capellania, sin embargo de averse estimado por profanos sus bienes, y rentas, y como tales poderlos gozar varones, y hembras; de cuya observācia nace la mas segura interpretaciō, por estimarla el Derecho por bastante, para que se succeda siempre conforme à ella, *iuxta textum in cap. cum dilectus*

lectus 8. *de consuetudine, cap. cũ venisset de constitution.* y aũ para q̃ se pueda dezir, q̃ està prescripta la forma de la successiõ, como lo advirtiò magistralmẽte D. Molina *lib.* 2. *cap.* 6. *ex num.* 57. Mieres *de maioratib.* 3. *part.* *quæst.* 21. *num.* 1. *cum sequentib.* Garcia *de nobilitat. in divissione operis, num.* 54. Burgos de Paz *quæst. civil. quæst.* 2. *num.* 131. Dom. Lara *de Aniversar. lib.* 1. *capit.* 5. *num.* 46. *&* 47. Dom. Paz *de tenut. capit.* 58. *numer.* 12. Dom. Castillo *lib.* 5. *cap.* 93. §. 7. *in principio,* & cum alijs D. Larrea *decis.* 53. *num.* 4.

64 Supuesto pues, que assi por lo que resulta de la misma clausula, como por la interpretacion de la costumbre, y observancia, està verificado el llamamiento de las hembras; poco podrà embarazar lo que dispuso Diego de Tertanga, num. 6. en la clausula septima; pues este es constante no tuvo facultad para alterar, ni mudar la disposicion del Testador, en que siempre, hasta este litigio, convino Gaspar de Murga, numer. 15. pues en el mismo pleyto que litigò con Joseph de Murga, num. 8. su padre alegò lo que aora fundamos, ibi: *Y menos obsta, que Don Diego de Tertanga, primer Patron de dichas Capellanias, y Obras Pias, puso en ellas diferentes gravamenes, y exclusiones, porque en todo quanto en esta parte hizo, fue nulo; porque no tuvo autoridad, ni jurisdiccion para ello, y todo està lleno de contradiciones, que se oponen entre si mesmas, y todas ellas à la voluntad, y disposicion del Fundador, &c.*

65 Y aunque esta assercion de Gaspar de Murga, y la sentencia dada por los Juezes de Cruzada, en que se declarò aver excedido Diego de Tertanga, num. 6. en todo quanto dispuso, calificava no aver tenido facultad para aver excluido à las hembras de la succession de esta Memoria; pero à mayor abundamiento lo hemos de justificar por otros medios, que resultan de todo el contexto de la disposicion del Testador.

Qua-

66 Quatro clausulas son en que el Fundador hablò de lo que dexava encargado à sus testamentarios, sin que se niegue, que fuesse vno de ellos Diego de Tertanga, num. 6. La primera, fue en la clausula tercera de la Memoria simple. Y la segunda, en la clausula tercera del testamento. Y la tercera, en la clausula tercera del Codicilo. Y la quarta, en la clausula sexta del mismo Codicilo.

67 Pero en ninguna de ellas se hallarà, que la facultad que les diò fuesse mas que para vender sus bienes, y de su valor pagar las mandas, y legados, y buscar empleos seguros para la renta de todas las Memorias, Capellanias, y Obras Pias, que dexava dotadas; y esto fue solo lo que propriamente le tocò hazer, assi porque el Testador no dexò en su advitrio otra alguna disposicion, que mirasse à dar llamamientos en las dichas Memorias, y Obras Pias, como porque siendo, como fue testamentario, no pudo estenderse mas, que à dar cumplimiento à lo que dexava ordenado, y dispuesto el Fundador, à diferencia del Comissario, el qual en virtud del poder dado por el Testador, tiene facultad de ordenar, disponer, y declarar, segun, y en los casos que se previenen, *in leg. 31. Taur. cum sequentibus*: y assi, es preciso distinguir la naturaleza del executor, y Comissario, y no confundirla, como se ha pretendido por la parte contraria, haziendo à Diego de Tertanga, num. 6. Comissario de la voluntad del Fundador, para darle mas derecho, que el que en la realidad le competia, como testamentario, y executor, *vt latius patet, ex traditis à* Carpio *de executoribus testamentarijs, lib. 1. cap. 1. ex num. 21. cum sequentib.*

68 Mas quando no solo huviesse sido Diego de Tertanga, num. 6. testamentario, sino Comissario del Fundador, aviendo sido limitada la comission, y solo para efecto de imponer en fincas seguras la renta consignada à dichas Memorias, no pudo esten-

derse à otras disposiciones, para que el Testador no le diò poder, ni facultad, por ser el mandato de estricta naturaleza, *leg. diligenter, ff. mandati, leg. 19. titul. 5. partit. 3. quim porrigi possit de casu, ad casum, nec de persona, ad personam.*

69 Lo qual procede con tanto rigor, que aunque la comission contenga palabras absolutas, y generales, se debe contener el mandatario, ò Comissario dentro de los terminos especificados en el poder, sin que la generalidad de las clausulas obre cosa alguna; fuera de lo individual del mandato, vt docuit Dom. Molina *lib. 3. cap. 4. num.* 18. Dom. Castillo *lib. 4. controversiar. cap. 36. ex num. 31. cum sequentib.* Noguer. *allegat. 9. num. 72. & 83.* Dom. Paz *de tenut. capit. 34. numer.* 135. Dom. Larrea *decis. 19. per tot. & præcipuè num. 27.*

70 De suerte, que para que *ex mente testatoris*, se considere, que la facultad q̃ se diò al Comissario fue absoluta, y general, es preciso, que en el poder no se halle caso especifico, porque aviendole cessa lo absoluto del mandato, tamquam si scriptum non esset, como lo notaron Dom. Molina *lib. 2. cap. 5. numer. 6.* Mieres *de maioratib. 1. part. quæst. 48. numer. 11. in versiculo, & certè*, Gutierrez *practicar. lib. 2. quæst. 67. num. 3.* Dom. Castillo *dict. lib. 4. cap. 36. num. 46. & 68.* Carpio *de executor. lib. 2. cap. 17. num. 42.*

71 Ni à estos fundamentos se opone la doctrina del señor Molina *lib. 1. cap. 8. num. 36.* ni la del señor Castillo *tom. 6. cap. 182. por tot.* porque aunque estos Autores convienen en que el heredero, y successor del mayorazgo, pueden interpretar los llamamientos, y voluntad del Testador: Advierten, que ha de ser en terminos de que aya duda, y ambiguedad en la disposicion; y en caso, que pudiessen tener noticia, y ciencia del animo, y voluntad del Fundador, y aun entonces no ha de servir la interpretacion, mas que de vna

congetura, para que si fuere verosimil se estime, y juzgue por ella, *vt cum eisdem met Authoribus animadvertunt*, Mieres *de maioratib.* 1*.part. quæst.*44*.ex num.* 89. Dom. Valençuela Velazquez *consil.* 135*. ex numer.*21. Noguerol *allegat.* 25*. numer.* 326. Barbossa *lib.*1*.vot.*7*.num.*26*.& lib.*3*. vot.*126*. num.*229. ipsemet D. Castillo *lib.*3*.cap.*10*.num.*31*.& dict.tom.*6*.capit.*182. donde proponen otras muchas limitaciones, que conducen para este intento.

72 Ni vna, ni otra circunstancia concurriò en la declaracion que hizo Diego de Tertanga, porque, ni los llamamientos de la clausula estàn dudosos, y ambiguos; ni quando lo estuviessen, pudo tener noticia, ni conocimiento de la voluntad del Fundador, por no aver comunicado con èl su disposicion: Y antes bien, la procurò zelar, y encubrir, tomando el arbitrio de manifestar su voluntad, y disposicion, en vna cedula privada, y escrita de su letra, remitiendose à ella en su testamento, con orden, de que no se abriesse, hasta despues de su fallecimiento. De lo qual se infiere, que en todo quanto dispuso el dicho Diego de Tertanga, excediò de lo que dexò ordenado el testador, contraviniendo notoriamente à su voluntad.

73 Y por adonde se acredita mas esta verdad, es, por lo que dispuso en las clausulas 3.8.9. y 11. y en otras; pues siendo assi, que el Fundador expressamente ordenò, que las Missas de la Memoria litigiosa, se dixessen en nuestra Señora de la Patrona de la Ciudad de Orduña, alterò esta disposicion en la clausula tercera, permitiendo, que por los dias de su vida, se cumpliesse con mandarlas dezir en qualquiera de las Iglesias de la Villa de Madrid.

74 En esta misma conformidad dispuso en las demàs clausulas otras cosas, que no previno el Testador, y que manifiestamente se conoce se oponen à su voluntad, en grave perjuyzio de sus parientes, à quienes

nes tanto quiso, y amò, como se reconoce de todo el contexto de su disposicion.

75 Y aqui es muy digno de notarse, assi para este intento, como para la principal pretension de Don Diego Joseph de Vrbina, el que el Fundador atendiendo à los hijos, y descendientes de Doña Ana, y Doña Magdalena de Tertanga, num. 4. y 5. sus hermanas, fundò para los varones dos Capellanias de à 500. ducados, y para las hembras, mandò fundar de la mitad del residuo de su hazienda, vna Memoria, que sirviesse para su dotacion, à que llamò en primer lugar à las hijas, y descendientes legitimas de Joseph de Murga, numer. 8. Y en segundo, à las hijas de Doña Maria Gonçalez de Orve, num. 9. Y en tercero, à las hijas, y descendientes legitimas de Antonia de Tertanga, num. 7. De que se dexa inferir, que el aver llamado en vltimo lugar à las hijas de esta, fue porque las contemplava el Fundador, llamadas à la dicha Memoria, y à sus padres, con conveniencias bastantes para remediarlas; pues aliàs, no es verosimil, que à las hembras de la linea primogenita, y à quien tanto quiso, y estimò, huviesse dexado sin dotarlas, aviendolo hecho con las hembras de otras lineas, menos predilectas.

76 Reconociendo pues la parte de Joseph de Murga la fuerça de estos fundamentos, y la devilidad de los suyos, al mismo tiempo que se viò en revista, este pleyto se empezò por su Abogado à escrupulizar en la certidumbre de la clausula de la dicha Memoria, porque las palabras de la cedula original, en que se suponia estar llamadas las hembras, se hallavan rotas, y canceladas, y de suerte, que no se podia conocer, si el Testador las avia llamado à la succesion de dicha Memoria, de que se pretendiò inferir el que todas las compulsas que se avian sacado de el protocolo, no debian tener estimació, ni fee; pues contenian el llamamiento de las hijas de Antonia Tertanga, sin que se ve-

rificase de la dicha cedula el estar llamadas.

77 Adelantòse este discurso, con que el Fundador no pudo aver llamado en la dicha clausula al hijo, ò hijas de Antonia Tertanga, porque esta à la sazon no se hallava, sino con vna hija, y dos hijos, de q̃ era noticioso el Testador, respecto, de que en la clausula antecedente, en orden à lo referido, dispuso lo que se sigue: *Iten mando à los dos hijos, y à la vna hija de Antonia Tertanga Salazar mi sobrina, difunta, à 500. ducados de vellon à cada vna.*

78 Esta redargucion, que solo por averse hecho faltando à la solemnidad que tiene dispuesto el Derecho, estilo, y practica inconcusa, no merecia, sino es vn total desprecio, *cum redargutio debet in actis fieri, non verò in allegationibus secundum distintionem;* Barthol. *communitèr receptam, in leg. eum qui ita 55. §. qui ita stipulatur de verbor. obligat. numer. 4. quem sequuntur*, Craveta *consil. 150. numer. 2. in principio;* Guido Papa *decis. 221. num. 6. & decis. 404.* Estefanus Gratian. *disceptat. 268. num. 18. cum sequentib.* Pareja *de instrumentor. edict. tit. 1. resolut. 3. §. 3. numer. 154;* sin embargo, porque se reconozca el corto fundamento, y la mala fee, con que se ha impugnado el instrumento presentado por Don Diego de Vrbina, passarèmos con toda brevedad à corrovorarle, y comprobarle con los instrumentos que nuevamente se han presentado, sin dexar lugar à la mas leve duda, ni sospecha.

79 No tiene duda en que la cedula original, en lo correspondiente al llamamiento del hijo, ò hijas de Antonia Tertanga; y assimismo los autos que se hizieron por el señor Don Joseph Veltran de Arnedo, Alcalde de Corte al tiempo que se abriò, y publicò la dicha Memoria, en algunas partes se hallan rotos, y cancelados, ò lo que es mas cierto ratonados, como de su misma inspeccion resulta, cuya circunstancia se en-

carga

carga à los señores Juezes; por ser la prueba que mas acredita la verdad de dicho instrumento; porque como advirtiò D. Crespi *obseruat. 23. num. 19.* tratando de la certidumbre de vn instrumento, ex Baldo, Cancer. Noguerol, Fontanela, & alijs, *probatio, quæ ex inspectione oculorum resultat magis per iudicem ipsum, quam per testes deprehendi debet.*

80 Pero à mayor abundamiento se han presentado por Don Diego de Vrbina; diferentes instrumentos, sacados por diversas personas, en que se halla trasladada la dicha cedula original, y de todos ellos resulta aver llamado el Fundador à la succesion de dicha Memoria al hijo, ò hijas de Antonia Tertanga.

81 El primero instrumento que lo acredita, es, el protocolo original de Gabriel de Eguiluz, Escrivano de Provincia de la Villa de Madrid, correspondiente à el año de 1676. en que se halla vn traslado autoriçado por el mismo Escrivano de la memoria cerrada, que otorgò el dicho Juan de Tertanga, con los autos que intervinieron para su publicacion, sin diminucion de letras: y en la subscripcion dize, que concuerda con el original que quedava en su protocolo, y declara averle hecho sacar de pedimiẽto de Diego de Tertanga, num. 6. En el mismo protocolo, y en el mismo año, se halla tambien la fundacion, que otorgò el dicho Diego de Tertanga, con insercion de todas las clausulas de dicha memoria, y del testamento, y codicilo del dicho Juan de Tertanga.

82 El segundo instrumento, es, vna certificacion sacada de los libros de Mercedes de su Magestad, en virtud de provision de la Sala, y con citacion contraria; por la qual resulta, que para conseguir los Privilegios de ciertos juros pertenecientes à las dichas Memorias, se presentò en el Consejo de Hazienda por parte del dicho Diego de Tertanga Salaçar, como Patron, y Administrador de las dichas Memorias, y Capella-

nias, la fundacion que avia otorgado ante el dicho Gabriel de Eguiluz, la qual està assentada en los dichos libros Reales, y en ella inserta la memoria que dexò cerrada el dicho Diego de Tertanga, y autos para su publicacion, y la clausula que se controvierte se halla en ella sin diminucion alguna, y en la misma forma que la tiene puesta el Relator en el numer. 2. del memorial ajustado.

83 El tercero, es, la fundacion original de el dicho Diego de Tertanga, num. 6. signada, y firmada del dicho Gabriel de Eguiluz, en que està inserta la dicha clausula, segun, y como se halla en su protocolo del dicho año de 76.

84 El quarto instrumento, es, la presentacion que hizo de dicha fundacion el dicho Diego de Tertanga, el año passado de 1678. ante el Visitador general Eclesiastico de la Villa de Madrid, en que tambien se halla la dicha clausula.

85 El quinto instrumento, y que mas califica la dicha clausula, es el processo que se hizo el año passado de 1682. sobre la succession de la Capellania de 500. ducados de renta, que mandò fundar Juan de Tertanga, para los hijos de Joseph de Murga, y Alfonsa de la Carraga, num. 8. porque de el resulta, que assi en los alegatos de Gaspar de Murga, num. 15. que oy litiga, como en los de Joseph de Murga, como abuelo, y curador que fue de Pedro, Francisco, y Matias de Murga sus nietos, num. 18. confiessan, y reconocen, que à la Capellania principal, que es la de la Patrona de la Ciudad de Orduña, y sobre que se litiga, llamò el Fundador assi à las hijas, como à los hijos de Antonia de Tertanga.

86 A vista pues de tantos, y tan repetidos instrumentos, parece temeridad el negar el contexto de la dicha clausula, que tantas vezes se ha confessado por la misma parte, que oy litiga, faltando à la realidad, y bue-

y buena fee que deve profeſſarſe, aunque ſea en perjuizio del derecho que ſe pretende; pues como advirtiò el politico Juſto Lipſio *in libro de vna Religione*: *Bonum eſt à veritate vinci.*

87 Pero yà que todo el contexto de la dicha cedula ſe halla comprobado con tantos inſtrumentos, ſacados del protocolo original antes que ſe cançelaſe; no tiene fuerça el reparo, y redargucion que por la parte contraria ſe ha hecho; porque es doctrina corriente de todos los Autores, el que la cançelacion, ò amiſsion del protocolo, ſe ſuple con los traslados que de el ſe huvieren ſacado por diverſas perſonas, *quia cum vnumquodque exemplum ſemiplene probet, ſimul iunta probationem eficacem faciunt*, vt animadvertum Aymon Crabeta *de antiquitatib. tempor. 1. part.* veſic. *Ampliatur, numer. 14. & 19.* Valaſ. *de iure emphyteutic. 1. part. quæſt. 9. num. 24. & 25.* Menoch. *conſ. 924. numer. 32.* Gratian. *diſceptat. 268. num. 55. & cum alijs*, Parej. *de inſtrument. edict. tit. 1. reſolut. 3. §. 3. ex num. 157.*

88 Y no es digno de reparo el que el Fundador huvieſſe llamado à las hijas de Antonia de Tertanga, ſabiendo que no tenia mas que vna; porque ſe reconoce con evidencia, que fue equivocacion nacida de lo que dexava diſpueſto en la clauſula antecedente, ibi: *A quinientos ducados de vellon à cada vna.* Lo qual, como apelava ſobre dos, ò mas hembras, fue cauſa para que en la clauſula ſiguiente llamaſſe à las hijas, y no à la hija de Antonia de Tertanga: Conque no parece, que eſte reparo, ni los demàs que ſe han hecho contra el derecho, y pretenſion de Don Diego Joſeph de Vrbina, pueden ſer baſtantes para que dexe de confirmarſe la ſentencia de viſta: Aſsi lo eſpera. Salva ſemper in omnibus. D. V. D. C.

Doct. D. Aguſtin Franciſco de Montiano.
Cathedratico de Codigo mas antiguo.